

Avis complémentaire de la Commission nationale pour la protection des données relatif au projet de loi n° 7024 portant mise en œuvre du règlement (UE) 2015/751 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2015 relatif aux commissions d'interchange pour les opérations de paiement liées à une carte, et portant modification: 1. de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier; 2. de la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier; 3. de la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière; 4. de la loi modifiée du 11 janvier 2008 relative aux obligations de transparence des émetteurs; 5. de la loi modifiée du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement collectif; 6. de la loi modifiée du 12 juillet 2013 relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs; et 7. de la loi modifiée du 18 décembre 2015 relative à la défaillance des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement

Délibération n° 654/2017 du 27 juillet 2017

Conformément à l'article 32, paragraphe (3), lettre (e) de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel (ci-après « la loi du 2 août 2002 »), la Commission nationale pour la protection des données (ci-après « la CNPD » ou « la Commission nationale ») a notamment pour mission d'« être demandée en son avis sur tous les projets ou propositions de loi portant création d'un traitement de même que sur toutes les mesures réglementaires ou administratives émises sur base de la présente loi ».

Par courrier du 31 mars 2017, Monsieur le Ministre des Finances a fait parvenir à la CNPD des amendements gouvernementaux concernant le projet de loi n° 7024 portant mise en œuvre du règlement (UE) 2015/751 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2015 relatif aux commissions d'interchange pour les opérations de paiement liées à une carte, et portant modification: 1. de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier; 2. de la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier; 3. de la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière; 4. de la loi modifiée du 11 janvier 2008 relative aux obligations de transparence des émetteurs; 5. de la loi modifiée du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement collectif; 6. de la loi modifiée du 12 juillet 2013 relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs; et 7. de la loi modifiée du 18 décembre 2015 relative à la défaillance des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement (ci-après « les amendements » ou « les amendements gouvernementaux »).

Pour rappel, la CNPD a rendu un premier avis relatif au projet de loi n° 7024 le 16 mars 2017 (délibération n° 243/2017), dans lequel elle s'est limitée à formuler des observations concernant les modifications proposées à l'article 41 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier (ci-après « la loi modifiée du 5 avril 1993 »). Selon l'exposé des motifs des amendements gouvernementaux, les amendements ne se limitent pas à la modification du régime applicable à la sous-traitance dans le secteur financier, mais « proposent de moderniser



**Avis complémentaire de la Commission nationale pour la protection des données
relatif au projet de loi n° 7024 relative aux commissions d'interchange et modifiant
différentes lois relatives aux services financiers**

en outre le régime de l'outsourcing dans les secteurs de l'assurance et des services de paiement... »¹, à savoir les régimes prévus par la loi modifiée du 10 novembre 2009 relative aux services de paiement (ci-après « la loi modifiée du 10 novembre 2009 ») et la loi modifiée du 7 décembre 2015 sur le secteur des assurances (ci-après « la loi modifiée du 7 décembre 2015 »). Compte tenu de l'élargissement du champ d'application du projet de loi, la Commission nationale entend formuler des observations sur les amendements traitant des aspects liés au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel.

A l'instar de son avis du 16 mars 2017, la CNPD analysera les amendements gouvernementaux à la lumière de la loi modifiée du 2 août 2002, d'une part, et du nouveau Règlement n° 2016/679 du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) (ci-après « le RGPD »), qui entrera en vigueur le 25 mai 2018, d'autre part.

I. S'agissant des amendements 5 et 6

Les amendements 5 et 6 prévoient d'ajouter un article 36-2 à la loi modifiée du 5 avril 1993, respectivement de modifier l'article 37-1 de cette même loi, afin d'assurer « *un encadrement adéquat de l'externalisation* »² par les établissements de crédit, les entreprises d'investissement et les professionnels du secteur financier (PSF) autres que les entreprises d'investissement.

La CNPD salue le choix des auteurs des amendements d'encadrer chaque situation de sous-traitance par un contrat de service. Elle note encore avec satisfaction que les amendements tendent à soumettre la sous-traitance en cascade à l'acceptation préalable par la personne, établie au Luxembourg et soumise à la surveillance prudentielle de la Commission de Surveillance du Secteur Financier (ci-après « la CSSF ») ou de la Banque centrale européenne (ci-après « la BCE »), à l'origine de la sous-traitance. La CNPD se demande toutefois qui est visé par le terme « personne ». Il y aurait lieu de préciser qu'il s'agit en fait de l'entité régulée. Ensuite, elle regrette que les amendements ne prévoient pas expressément que l'obligation de conclure un contrat de service s'étend à la sous-traitance en cascade et elle réitère à cet égard la recommandation émise au point III. de son avis du 16 mars 2017. La CNPD rappelle que l'article 28, paragraphe (4) du RGPD précise que « *[l]orsqu'un sous-traitant recrute un autre sous-traitant pour mener des activités de traitement spécifiques pour le compte du responsable du traitement, les mêmes obligations en matière de protection de données que celles fixées dans le contrat ou un autre acte juridique entre le responsable du traitement et le sous-traitant conformément au paragraphe 3, sont imposées à cet autre sous-traitant par contrat ou au moyen d'un autre acte juridique au titre du droit de l'Union ou du droit d'un État membre, en particulier pour ce qui est de présenter des garanties suffisantes quant à la mise en œuvre de mesures techniques et organisationnelles appropriées de manière à ce que le traitement réponde aux exigences du présent règlement. Lorsque cet autre sous-traitant ne remplit pas ses obligations en matière de protection des données, le sous-traitant initial demeure pleinement responsable devant le responsable du traitement de l'exécution par l'autre sous-traitant de ses obligations.* »

Par ailleurs, la CNPD accueille favorablement l'ajout d'un nouvel alinéa 5 au nouvel article 37-1 de la loi modifiée du 5 avril 1993 (par le biais de l'amendement 6) qui encadre les mesures

¹ Doc. parl. 7024/5, Exposé des motifs, p. 1-2.

² Doc. parl. 7024/5, Texte et commentaire des amendements gouvernementaux, p. 8 et 9.

de sécurité à mettre en place par les établissements de crédit et les entreprises d'investissement. Bien que cette disposition constitue la transposition à l'identique de l'article 16, paragraphe (5), alinéa 3 de la Directive 2014/65/UE³, il serait opportun d'ajouter à l'article 36-2 de la loi modifiée du 5 avril 1993 (dans sa version modifiée par les amendements gouvernementaux), une formulation similaire à celle prévue à l'alinéa 5 du nouvel article 37-1, tel que modifié par les amendements gouvernementaux, afin d'établir un niveau de sécurité cohérent entre les établissements de crédit, les entreprises d'investissement et les PSF autres que les entreprises d'investissement.

A cet égard, en ce qui concerne la protection des données à caractère personnel, la CNPD rappelle l'obligation, telle qu'exposée dans son avis du 16 mars 2017, pour ces entités de mettre en place des mesures appropriées afin d'assurer la protection des données et de garantir un niveau de sécurité adapté aux risques⁴.

II. S'agissant de l'amendement 8

L'amendement 8 concerne la modification de l'article 41 de la loi modifiée du 5 avril 1993, qui traite du régime du secret professionnel dans le secteur financier.

La CNPD note que les auteurs des amendements ont supprimé la distinction faite entre la sous-traitance intra-groupe et la sous-traitance extra-groupe, de sorte que le projet de loi dans sa version amendée établit uniquement une distinction entre la sous-traitance des activités d'un prestataire établi au Luxembourg, soumis à la surveillance prudentielle de la CSSF, de la BCE ou du Commissariat aux Assurances et tenu à une obligation de secret pénalement sanctionnée, et « *tous les autres cas de sous-traitance* »⁵.

Les amendements précisent que dans tous ces autres cas de sous-traitance, une entité régulée ne pourrait partager des données couvertes par le secret professionnel avec son sous-traitant sauf lorsque les clients ont préalablement consenti à la sous-traitance des services sous-traités, au type de renseignements transmis dans le cadre de la sous-traitance et au pays d'établissement des entités prestataires des services sous-traités « *conformément à la loi ou selon les modalités d'information convenues entre parties* ».

Cette dernière formulation suscite des interrogations au niveau de la manière selon laquelle les clients doivent accepter la sous-traitance. La CNPD se demande en effet si un consentement « *conformément à la loi* » est celui qui doit être conforme à la réglementation relative à la protection des données à caractère personnel⁶? Dans l'affirmative, ce consentement devrait respecter les exigences strictes relatives au consentement prévues par la loi modifiée du 2 août 2002, et à l'avenir par le RGPD⁷. La CNPD rappelle qu'afin d'être conforme aux exigences du RGPD à partir du 25 mai 2018, le consentement doit être libre, spécifique, éclairé et univoque

³ Directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE.

⁴ Délibération n° 243/2017, point VI.

⁵ Doc. parl. 7024/5, Commentaire des amendements gouvernementaux, p. 11.

⁶ Voir l'avis complémentaire de la Chambre de Commerce du 30 mai 2017, doc. Parl. n° 7024/06, p. 4-5 et l'avis complémentaire du Conseil d'Etat du 14 juillet 2017, doc. parl. n° 7024/08, p. 6-7.

⁷ Voir les articles 2, lettre (c), et 5 de la loi modifiée du 2 août 2002 et les articles 4, paragraphe (11), 6 et 7 du RGPD.



et obtenu par une déclaration ou par un acte positif clair. Le RGPD s'oppose ainsi à ce que le consentement puisse être déduit « *en cas de silence, de cases cochées par défaut ou d'inactivité* »⁸. De plus, si le consentement de la personne concernée au traitement est donné dans le cadre d'une déclaration écrite qui concerne également d'autres questions, la demande de consentement doit être « *présentée sous une forme qui la distingue clairement de ces autres questions sous une forme compréhensible et aisément accessible* »⁹. Elle doit également être « *formulée en des termes clairs et simples* »¹⁰.

Cependant, les auteurs des amendements laissent la possibilité aux entités régulées de recueillir le consentement « *selon les modalités d'information convenues entre parties* ». La CNPD se demande, tout comme le Conseil d'Etat, si ceci implique que le consentement du client pourrait être tacite¹¹. Le texte présente dès lors une incertitude au niveau de la procédure du recueil du consentement qui devrait être mise en place par l'entité régulée dans la mesure où deux modes d'acceptation n'obéissant pas aux mêmes exigences seraient possibles.

A cet égard, la CNPD s'interroge aussi sur la précision dans le commentaire des amendements qu'« *outre les exigences qui [sont indiquées dans la disposition en question], l'entité luxembourgeoise qui sous-traite devra veiller au respect de la législation sur la protection des données* »¹². En indiquant ceci, est-ce que les auteurs des amendements souhaitent souligner qu'il s'agit de deux régimes distincts et que l'acceptation « *conformément à la loi* » ne viserait pas la réglementation en matière de protection des données?

Compte tenu de l'insécurité juridique que pourrait causer l'amendement 8, la CNPD estime nécessaire de préciser la disposition en question.

Pour le surplus, la CNPD réitère ses commentaires formulés aux points IV. et V. de son avis du 16 mars 2017 relatifs aux transferts de données vers des pays tiers et au sujet de l'information des personnes concernées, qui n'ont pas été pris en compte dans les amendements sous examen.

III. S'agissant des amendements 9 et 16

Les amendements 9 et 16 traitent de la modification de la loi modifiée du 10 novembre 2009 relative aux services de paiement et la loi modifiée du 7 décembre 2015 sur le secteur des assurances, afin d'aligner le libellé des dispositions relatives au secret professionnels desdites lois sur le nouveau libellé de l'article 41 de la loi modifiée du 5 avril 1993, tel qu'il résulte des amendements gouvernementaux¹³.

Il ressort du commentaire des amendements gouvernementaux que ceux-ci visent à assurer une cohérence entre les régimes d'obligation au secret professionnel du secteur financier, du secteur des services de paiement et du secteur des assurances¹⁴.

⁸ RGPD, considérant 32.

⁹ RGPD, art. 7, paragraphe (2).

¹⁰ RGPD, art. 7, paragraphe (2).

¹¹ Voir l'avis complémentaire du Conseil d'Etat du 14 juillet 2017, doc. parl. n° 7024/08, p. 7.

¹² Doc. parl. 7024/5, Commentaire des amendements gouvernementaux, p. 12.

¹³ Doc. parl. 7024/5, Texte et commentaire des amendements gouvernementaux, p. 15 et 28.

¹⁴ Doc. parl. 7024/5, Texte et commentaire des amendements gouvernementaux, p. 15 et 28.

Cependant, contrairement aux exigences prévues pour les établissements de crédit, les entreprises d'investissement et les PSF autres que les entreprises d'investissement aux amendements 5 et 6, les amendements ne prévoient pas que la sous-traitance effectuée dans le secteur des services de paiement et dans le secteur des assurances devra être entouré d'un contrat de service, et ne prévoit pas non plus que l'entité à l'origine de la sous-traitance devra donner son accord à la sous-traitance en cascade.

Dans un souci de cohérence, la Commission nationale estime dès lors nécessaire d'imposer ces mêmes exigences pour la sous-traitance ayant lieu dans le secteur des services de paiement et dans le secteur des assurances.

Les commentaires de la CNPD précédemment formulés concernant l'acceptation de la sous-traitance, l'encadrement contractuel de la sous-traitance en cascade, le transfert de données vers des pays tiers, l'information des personnes concernées et aux mesures de sécurité restent bien évidemment valables pour les amendements 9 et 16.

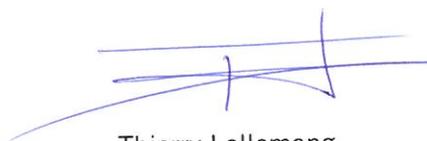
Pour le surplus, la Commission nationale n'a pas d'autres observations à formuler.

Ainsi décidé à Esch-sur-Alzette en date du 27 juillet 2017.

La Commission nationale pour la protection des données



Tine A. Larsen
Présidente



Thierry Lallemand
Membre effectif



Christophe Buschmann
Membre effectif

